



Centro Universitário de Brasília

Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento – ICPD

Marcus Aurélio Ferreira de Lima

Execução de Contratos Administrativos:

O Papel dos Executores de Contratos na Administração Pública

Brasília

2006

Marcus Aurélio Ferreira de Lima

Execução de Contratos Administrativos:

O Papel dos Executores de Contratos na Administração Pública

Trabalho apresentado ao Centro Universitário de Brasília (UniCEUB/ICPD) como pré-requisito para a obtenção de Certificado de Conclusão de Curso de Pós-graduação *Lato Sensu*, na área de Direito Administrativo e Gestão Pública.

Orientador: Fernando Antônio Dusi Rocha.

Brasília

2006

Marcus Aurélio Ferreira de Lima

Execução de Contratos Administrativos:

O Papel dos Executores de Contratos na Administração Pública

Trabalho apresentado ao Centro Universitário de Brasília (UniCEUB/ICPD) como pré-requisito para a obtenção de Certificado de Conclusão de Curso de Pós-graduação *Lato Sensu*, na área de Direito Administrativo e Gestão Pública.

Orientador: Fernando Antônio Dusi Rocha.

Brasília, _____ de _____ de _____.

Banca Examinadora

Prof. Dr. Nome Completo

Prof. Dr. Nome Completo

Aos meus filhos, Gabrielle e Fernando, que dão sentido especial a minha existência.

A Patrícia, minha esposa, com que tenho aprendido muito sobre as coisas essenciais da vida.

Aos meus pais que me educou.

A todas as pessoas que me ajudaram a chegar até aqui.

AGRADECIMENTO

Agradeço ao professor e orientador Fernando Antônio Dusi Rocha, pelo apoio e encorajamento contínuos na pesquisa, aos demais Mestres da casa, pelos conhecimentos transmitidos, e à Diretoria do Curso de Pós-graduação do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB/ICPD) pelo apoio institucional e pelas facilidades oferecidas.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	09
CAPÍTULO 1 EXECUTOR DE CONTRATO	
1.1 CONCEITO.....	13
1.2 AS ATRIBUIÇÕES DO EXECUTOR.....	14
1.3 TIPOS DE EXECUTORES DE CONTRATOS.....	20
1.4 CAPACIDADE TÉCNICA DO EXECUTOR DE CONTRATO.....	22
1.5 ÉTICA PROFISSIONAL DO EXECUTOR DE CONTRATO.....	23
1.6 FATORES QUE EXIGEM ATUALMENTE A FUNÇÃO DE EXECUTOR DE CONTRATO.	24
1.7 RESPONSABILIDADE DO EXECUTOR DE CONTRATO.....	25
CAPÍTULO 2 ACOMPANHAMENTO DA EXECUÇÃO DO CONTRATO	
2.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS.....	28
2.2 REFLEXOS DO ACOMPANHAMENTO NA EXECUÇÃO CONTRATUAL.....	30
2.3 AS ALTERAÇÕES CONTRATUAIS.....	34
2.3.1 Os limites de alteração.....	34
2.3.2 A prorrogação do prazo de vigência.....	35
2.4 FISCALIZAÇÃO DA EXECUÇÃO DO CONTRATO.....	36
2.5 NORMAS DE FISCALIZAÇÃO.....	39
2.6 IMPORTÂNCIA DAS NORMAS DE FISCALIZAÇÃO.....	41
2.7 OBJETIVOS DA FISCALIZAÇÃO.....	42
2.8 APLICAÇÃO DE PENALIDADES.....	43

CAPÍTULO 3 RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NOS CONTRATOS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS

3.1	QUESTÕES INICIAIS.....	45
3.2	RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA.....	47
3.3	RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA.....	49
3.4	FISCALIZAÇÃO DAS OBRIGAÇÕES TRABALHISTAS.....	52

CAPÍTULO 4 RECEBIMENTO DO OBJETO CONTRATUAL

4.1	RECEBIMENTO DO OBJETO CONTRATADO	58
4.2	RECEBIMENTO PROVISÓRIO E DEFINITIVO.....	59
4.3	DISPENSA DO RECEBIMENTO PROVISÓRIO.....	61

CAPÍTULO 5 PROJETO BÁSICO

5.1	CONSIDERAÇÕES GERAIS.....	62
-----	---------------------------	----

CONCLUSÃO	66
------------------------	----

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	68
---	----

ANEXO A CONTRATO DE FORNECIMENTO/SERVIÇO	70
---	----

ANEXO B CONTRATO DE OBRAS DE CONSTRUÇÃO CIVIL	73
--	----

RESUMO

Este trabalho foi realizado com o objetivo de mostrar a importância que tem a função de executor de contratos para a Administração Pública, suas atribuições e responsabilidades pelo fiel cumprimento das cláusulas contratuais. Por meio de dados e informações oriundas de revisão bibliográfica e de observações pessoais, verificou-se que a função de executor é uma atividade relativamente nova, podendo-se dizer que ela se encontra no estágio embrionário em termos técnicos, haja vista que as legislações específicas federais, estaduais e municipais vêm abordando superficialmente o tema, sem definir de forma clara e precisa os princípios éticos e profissionais, bem como os procedimentos operacionais que deveriam ser adotados pelos servidores que exercem esta função por ocasião da fiscalização dos contratos, convênios ou outros instrumentos congêneres celebrados pelo Poder Público. Ao final, constatou-se que a função de executor é bastante dinâmica, estando em permanente evolução, o que requer maior atenção por parte da Administração, padronizando e estabelecendo procedimentos, fortalecendo os métodos de fiscalização, dando maior eficiência e economicidade à execução dos contratos celebrados pelo Poder Público, mormente os de obras e serviços de engenharia, exercendo com competência, ampla supervisão e fiscalização da execução do objeto contratado, podendo o mesmo propor ajustes sempre que necessário, diagnosticando e resolvendo problemas operacionais de forma eficiente e econômica, reduzindo e até mesmo estancando custos desnecessários para o Poder Público.

Palavras-Chaves: Executor de contratos; Administração Pública; Atribuições; Eficiência.

ABSTRACT

This work was realized with the objective of showing the importance that it has the function of contract executor for public administration, its attributions and responsibilities for accomplishment of cláusulas contractual. By means of data and deriving information of bibliographical revision and personal comments, it was verified that the executor function is a relatively new activity, being able to say that it meets in the embryonic period of in technician terms, the federal specific legislações, state and municipal they come approaching in superficial way the subject, without defining clearly and correctly the ethical and professional principles, as well as the operational procedures that would have to be adopted by the agent who exerts this function for occasion of the fiscalization of contracts, accords or other similar instruments executed by the Public Power. When finishing, it was verified that the executor function is sufficiently dynamic, being in evolution permanent, what it requires attention larger of the Administration, establishing procedures, fortifying the fiscalization methods, larger giving to efficiency and economicidade to the execution of contracts made for the Public Power, mainly obra and the services of engineering, exerting with security, supervision larger and fiscalization the execution of contracted object, being able the same suggest adjustments whenever necessary, to diagnosing operational problems and deciding in efficient and economic way, reducing and even though finishing unnecessary costs to the Public Power.

Word-Key: Contract executor; Public administration; Attributions; Efficiency.

INTRODUÇÃO

A Administração Pública, nos últimos anos, vem sofrendo um processo de modernização em sua estrutura organizacional. Inúmeras atividades típicas da atividade meio estão sendo transferidas para a iniciativa privada. Os serviços de conservação e limpeza, manutenção predial, serviços de copa, manutenção preventiva e corretiva de veículos, manutenção preventiva de elevadores, dentre outras, estão sendo executados por empresas especializadas por meio da celebração de contratos administrativos (Lei nº. 8.666/93). Outras atividades, como as de telefonia, transporte urbano, distribuição de energia, manutenção e conservação de estradas de rodagem, também estão sendo exercidas por empresas privadas, através de contratos de concessão ou de permissão de serviços não exclusivos do estado, mas de cunho social, educativo, assistencial e científico. Alguns, ainda, estão sendo realizados por meio de parcerias com entes privados, por intermédio de contratos de gestão (Lei nº. 9.637/98), ou termos de parceria (Lei nº. 9.790/1999).

Nesse cenário, a Administração Pública necessita do maior número possível de informações claras e objetivas a respeito do desempenho de seu empreendimento, que pode ser um serviço, um fornecimento, uma obra, um projeto, um programa ou outro objeto qualquer. É justamente neste momento que a figura do executor de contrato assume importante papel, acompanhando e fiscalizando o contratante para que este realize o objeto contratado com a qualidade e eficiência. Neste diapasão, o executor passa a ser uma ferramenta útil tanto ao órgão público o qual está vinculado como para a sociedade em geral, pois, por meio de sua atuação, pode-se reduzir e até mesmo estancar custos desnecessários para o Poder Público,

diagnosticando e resolvendo problemas operacionais, comunicando à autoridade superior competente sobre eventuais falhas ou defeitos nos projetos básicos, informando a necessidade de prorrogação e de alteração do contrato avençado e, ainda, propondo soluções eficientes e econômicas para cada problema encontrado durante a execução do objeto desejado pela sociedade e pelas entidades públicas.

A complexidade cada vez maior dos contratos públicos e as modificações freqüentes na legislação fazem com que a boa execução das avenças públicas dependa muito do talento e habilidade dos agentes públicos responsáveis pela licitação e contratação, quer seja na elaboração de um eficiente instrumento convocatório, quer seja examinando e julgando as propostas dos licitantes. Da mesma forma, o executor de contrato necessita de seu talento e de seu conhecimento técnico para acompanhar, de maneira profissional, a execução de um contrato de permissão ou concessão de uso de serviços públicos, de um contrato de obra ou reforma, da prestação de um serviço de manutenção e conservação predial, ou, ainda, a de um simples contrato de fornecimento de material de expediente.

Acompanhar um contrato consiste em avaliar a sua execução desde a ordem de serviço ou ato normativo emitidos para a sua iniciação até o integral recebimento do objeto contratado, em termos de adequação ao instrumento convocatório e ao contrato, qualidade dos serviços prestados e eficiência da aplicação dos insumos públicos utilizados.

Todos nós, de uma forma ou de outra, somos no dia-a-dia fiscal de contratos, pois em qualquer negócio que fazemos, estamos exercendo a função de fiscalização: fiscalizando o empregado doméstico em seus afazeres, exigindo do

lojista a entrega do móvel que fora comprado ou da nota fiscal correspondente, verificando se o caixa do supermercado não está incluindo mercadoria não adquirida, conferindo o extrato da conta bancária e etc. Do mesmo modo, a função de executor de contrato envolve uma série de conhecimentos específicos e genéricos ligados às atividades econômicas, administrativas, jurídicas, contábeis, de engenharia e até mesmo de conhecimentos eminentemente empíricos.

Os executores, todavia, não assistem por parte dos órgãos públicos, à atenção devida. A Administração Pública considera a função de executor de contrato como acessória à atribuição legal do servidor, não lhe oferecendo nenhum benefício. Nos bastidores públicos, é comum determinado servidor, por deter determinado conhecimento a respeito do assunto, fiscalizar e acompanhar concomitantemente um, dois, três ou mais contratos, sem que percebesse qualquer vantagem pecuniária para isso. Não raro, também a designação de um agente administrativo, que não detém qualquer conhecimento de engenharia ou arquitetura e que nunca compareceu a um canteiro de obra para acompanhar e fiscalizar uma obra ou serviço de engenharia. Nada mais equivocado. A função de executor, muitas vezes, é uma atividade que leva o servidor a uma verdadeira excursão no contrato, empregando conhecimentos que lhe assegure fiscalizar adequadamente a execução de determinado serviço, obra ou compra. São trabalhos realizados na área de engenharia civil, informática, segurança, limpeza e conservação, telefonia etc.

A responsabilidade desta função atinge inclusive a possibilidade de o executor responder civil, penal ou administrativamente, com seus bens pessoais, caso seja acionado pelos órgãos de fiscalização a exemplo dos Tribunais de Contas

e Ministérios Públicos. Essa responsabilidade mantém-se inclusive após o recebimento do objeto contratado.

Efetivamente faz-se necessário que a função de executor deixe de ser vista como acessória, para assumir a postura de grande instrumento de apoio à alta administração pública e aos órgãos de controle interno e externo.

Dessa forma, dirigentes públicos comprometidos com os princípios administrativos da legalidade, moralidade, impessoalidade e eficiência sabem que é fundamental para a boa execução dos contratos de serviços, de obras e de fornecimento, um bom executor de contrato, preparado, atualizado e em constante aperfeiçoamento.

Este trabalho pretende mostrar de forma bastante detalhada a importância do executor de contrato no acompanhamento, fiscalização e execução dos contratos que a Administração Pública firma com terceiros, desde o ato normativo emitido para a sua iniciação até o integral recebimento do objeto contratado, de acordo com os termos do instrumento contratual e observância dos prazos, projetos, especificações, valores e condições nele contidos, de forma a avaliar a sua execução, a qualidade dos serviços prestados e eficiência da aplicação dos recursos públicos utilizados.

1 EXECUTOR DE CONTRATO

1.1 CONCEITO

De forma bastante simples, pode-se definir executor de contrato como o preposto, integrante do quadro de pessoal da administração pública, designado pela autoridade competente para acompanhar e fiscalizar a execução do objeto contratado, podendo o mesmo ser assistido ou subsidiado de informações pertinentes à sua atribuição, por terceiro, especificamente, contratado para essa finalidade, (art. 67, da Lei n. 8.666/1993).

O executor de Contrato é o agente da Administração Pública responsável pela fiscalização e fiel acompanhamento do ajuste. Mais recentemente, os órgãos de controle, têm procurado questionar e responsabilizar os executores dos contratos imperfeitos, de obras inexistentes, de desperdícios e erros na execução. Não raro é nomeado executor do contrato um agente de escritório que jamais comparece ao local da obra ou serviço ou o mesmo não detém capacidade técnica para promover com eficiência o acompanhamento do ajuste. Alguns Municípios chegaram a criar uma espécie de executor de contratos como uma função, sobre cujo ocupante recairia a responsabilidade de atestar todas as faturas, num verdadeiro ato absurdo. Atestar uma fatura, como todo ato administrativo, faz atrair a responsabilidade pela regularidade e fidelidade das declarações e coloca o agente que o pratica diante do ônus de arcar com as provas de suas declarações. (FERNANDES, 2000, p.465-467)

1.2 AS ATRIBUIÇÕES DO EXECUTOR

Cabe ao executor de contrato acompanhar e fiscalizar a execução do objeto contratado pela Administração Pública, anotando em registro próprio todas as ocorrências relacionadas à execução do contrato, determinando o que for necessário à regularização das faltas ou defeitos observados.

O executor de contrato tem como principal função fazer com que a empresa contratada execute o objeto pactuado nos termos que fora contratado pela Administração Pública. Nesta tarefa, o executor deve utilizar os critérios e os procedimentos que lhe assegure a perfeita execução do objeto e, por outro lado, cercar-se dos procedimentos que lhe permitem certificar a não ocorrência de falhas ou defeitos advindos de uma má execução do objeto por parte da contratada.

Ao executor é atribuída responsabilidade pelo fiel cumprimento das cláusulas contratuais. Passa a ser ele o representante direto da Administração perante o contratado, durante a execução dos serviços avençados. Para tanto, há de ter pleno conhecimento dos termos contratuais. Nenhum serviço ou pagamento é realizado sem a pré-autorização do executor. Exerce ele ampla supervisão e fiscalização dos serviços contratados.

Tem o executor, também, a atribuição de, continuamente, avaliar a adequação dos termos ajustados às reais situações de fato.

Uma das características do contrato administrativo é a presença de cláusulas exorbitantes. Por elas, pode a Administração alterar unilateralmente, nos casos previstos na Lei 8.666/93 (Lei de Licitações e Contratos), a regras estatuídas,

desde que não modificado o objeto e nas mesmas condições originárias (art. 65). Mas não ilimitadamente. Assim, no caso de obras, serviços e compras, o contratado é obrigado a suportar acréscimos ou supressões em até 25%. No caso de reforma de edifício ou de equipamento, pode a Administração impor acréscimos (só acréscimos) de até 50%. Supressões podem ir além dos 25%, desde que com a anuência do contratado.

Essas alterações são feitas por meio de termo aditivo, a pedido do executor. O atendimento, em se tratando de acréscimos, dependerá, no entanto, de disponibilidade orçamentária. A solicitação deve ser enviada à autoridade competente com a devida antecedência, acompanhada de imprescindível justificativa e de todas as informações necessárias a sua efetivação.

O executor é ainda, o vigilante da Administração para que se mantenha o nível inicial, a equação financeira originária do contrato celebrado. Se houve redução de custo de algum incremento formador do preço inicial, o executor deverá reavaliar e repactuar o contrato. Se houve pedido do contratado, baseado em aumento comprovado desses incrementos, o gestor deverá asseverar-se, através dos organismos técnicos, de assessores para reavaliar e/ou repactuar o ajuste formalizado. (MELO, 2000, p.26-29)

A figura do executor de contrato é obrigatória em todo ajuste administrativo, designado especialmente.

Embora a lei não disponha expressamente da figura do executor de contrato, mas somente de forma implícita, é de esclarecer que esse agente está presente em ações determinantes do processo de compra, serviço ou obra.

As oportunidades do exercício da gestão compreenderiam não só o cumprimento da anterioridade necessária para a realização do evento, mas essa vigilância, segundo Melo (2000, p.26-29) estender-se-ia à ultimação do evento licitatório, à classificação dos licitantes. Há de estar atento o executor para o procedimento de convocação do adjudicatário, para contratação, que não só se estabelece com a celebração, propriamente dita, do instrumento contratual, o que poderá corresponder também à retirada do instrumento equivalente, cuja atribuição não seria mais da comissão de licitação que ultimou o evento. Do mesmo modo caberia ao executor a comunicação e demais procedimentos ao contratado que deixou de atender as observações do fiscal do contrato, caracterizadas como inobservâncias contratuais. E, portanto, que escapolem à alçada da fiscalização, por compreender atitude motivadora de sanção. Ademais, ao executor compete o procedimento de convocação de remanescente da licitação (IX, art. 24, Lei de Licitações), em consequência de rescisão contratual.

A função de executor de contrato abrange, além de fatores técnicos, também fatores psicológicos. O contratado, ao saber que há um representante da administração fiscalizando e acompanhando o serviço, a compra ou a obra, tende a ficar inibido na iniciativa de cometer quaisquer irregularidades.

Como se pode perceber, ao executor não cabe somente a função de fiscalização. A ele cabe, também, a função de orientação, isto é, se no desempenho de suas atividades descobre alguma irregularidade, deve determinar à contratada a correção das faltas e, se mesmo assim, as mesmas não forem sanadas ou se fugirem de sua competência, deve comunicá-las por meio de relatório à autoridade superior competente para adoção das providências administrativas e judiciais

cabíveis. Adicionalmente, ao executor cumpre receber o objeto contratado. Em alguns casos, como, por exemplo, a fiscalização de contratos públicos de permissão e de concessão de uso (transporte, energia, telefonia), o executor exerce, ainda, as atividades de intervenção, interdição e de aplicação de penalidades cabíveis pelo atraso e inexecução parcial ou total do objeto contratado.

Enfim, as atribuições do executor são dinâmicas, sempre sensíveis e vanguardistas à política de mercado em prol dos préstimos coletivos.

O objeto de interesse público e a lei incumbem a Administração de acompanhar a execução de seus contratos. Os procedimentos de acompanhamento da execução dos contratos devem ser vistos de forma bilateral, tanto por parte da administração como por parte do contratado. Da seguinte forma:

- I - A Administração designa um representante com as atribuições de acompanhar e fiscalizar a execução através de três ordens de providências:
 - a) anotando os incidentes da prestação em registro próprio (em geral, livro de ocorrências diárias, como previa a legislação anterior pertinente a obras e serviços de engenharia);
 - b) determinação da emenda de faltas ou defeitos de execução (que serão observados tendo por paradigma as especificações e/ou projetos constantes do ato convocatório);
 - c) comunicação oportuna à autoridade competente dos fatos que demandarem medidas de alçada superior à do representante (cuja

omissão ensejará óbices à execução e, pois, responsabilidade funcional).

- II - O particular contratado designará um preposto que, sempre presente no local de execução da prestação, terá as atribuições de representá-lo e atender às solicitações e determinações da Administração contratante quanto à sanção de faltas ou defeitos de execução. (PEREIRA JÚNIOR, 2002, p.678-680)

O representante da Administração haverá de ser um servidor desta, facultada a contratação de terceiro (logo, estranho aos quadros da Administração) para dar-lhes assessoramento se a execução do objeto do contrato for exigente de informações especializadas. A contrário senso, não haverá lugar para contratação desse terceiro, onerando-se infundadamente o custo da fiscalização, se não houver necessidade de assistência especializada; somente esta, se insuprível por pessoal da Administração, justifica o agravamento do custo. Recorde-se o tratamento dispensado à matéria pelo art. 9º, § 1º, da Lei nº. 8.666/93.

O representante do contratado poderá ser empregado ou não, desde que, em qualquer hipótese, apresente-se expressa e especificamente credenciado para responder pela empresa perante a Administração. A carta de preposto ou de credenciamento é indispensável para vincular a empresa representada às determinações ou solicitações que a Administração transmitirá por intermédio do representante.

Toda comunicação entre a Administração e o particular poderá fazer-se através desse representante. Para evitar dificuldades, essas comunicações deverão

fazer-se por escrito. Os atos do preposto vincularão o particular, obviamente. Logo, não poderá se escusar com o argumento de que o preposto não dispunha de poderes para receber comunicações ou notificações.

O dispositivo do art. 68 da Lei nº. 8.666/93, autoriza, de modo implícito, a Administração a recusar o preposto indicado pelo particular. Porém, entende Justen Filho (2004, p.501-504), que essa regra é inconstitucional. A Administração não dispõe de poderes para interferir sobre a atividade jurídica do particular. A liberdade de escolha dos representantes não pode ser tolhida pela Administração. É óbvio que será mais proveitoso para ambos os contratantes que os respectivos representantes sejam simpáticos e bem acolhidos pelo outro contratante. Isso não atribui, porém, poder de veto sobre as escolhas efetivadas por cada uma das partes.

Nada obstante, não seria de excluir-se a aplicação da teoria da aparência se o preposto, mesmo sem credenciamento formal, ocupar posição hierárquica na empresa que faça presumir a qualidade de ser seu representante e agir como tal perante a Administração.

O Tribunal de Contas da União, em Decisão nº. 113/95, determina que a falta de designação específica, pela Administração, de seu fiscal sobre a execução do contrato tem sido considerada como irregularidade formal, a ensejar determinação para o respectivo saneamento.

1.3 TIPOS DE EXECUTORES DE CONTRATOS

Quanto às formas de exercício da atividade de executor de contrato, distingue-se:

- Individual
- Comissão
- Órgão/Entidade

No primeiro caso, o executor fiscaliza a execução do contrato individualmente. Essa situação ocorre, geralmente, quando o contrato é de fácil execução e acompanhamento como, por exemplo: serviços de chaveiro, passagens aéreas, hospedagem, carimbos, aquisição de produtos de prateleira, telefonia, manutenção de equipamentos diversos, dentre outros.

Na segunda hipótese, o executor de contrato divide a responsabilidade com outros servidores, participando, com eles e, em nome de todos, no acompanhamento da execução do objeto contratado. Enquadra-se nessa situação o acompanhamento de contratos de obras, reformas, serviços de engenharia, serviços de informática, serviços de limpeza e manutenção predial e etc.

No último caso, a Administração Pública designa um órgão ou entidade pública para acompanhar o ajuste. Geralmente, essa situação se apresenta quando envolve a execução de uma obra de grande vulto e de alta complexidade.

Dependendo da complexidade do objeto contratado, pode a Administração Pública contratar empresas ou profissionais especializados para subsidiar e assessorar o executor, a comissão ou entidade executora do contrato.

Conforme a complexidade do objeto do contrato, ou seu vulto, a opção a ser adotada pela Administração, cumulativamente à designação de servidor para acompanhar a execução do contrato, consiste na contratação de empresa especializada para promover o gerenciamento desses contratos. Essa opção é recomendada, sobretudo, em grandes obras de engenharia. Essa constatação decorrerá da complexidade do objeto do contrato, haja vista ser impossível, em algumas hipóteses, ao representante, no caso o agente da Administração promover o acompanhamento de toda a execução do contrato. Em face dessa opção, seria celebrado, por hipótese, contrato de obra, e paralelamente a este, outro contrato de gerenciamento. O contratado, no contrato de obra, teria o dever de executar a obra; no segundo, o de gerenciamento, o contratado iria acompanhar a execução da obra, reportando-se e relatando à Administração todos os fatos relacionados à sua execução.

Nos casos em que a especialidade ou a complexidade da prestação superam os limites da atuação do agente público designado para acompanhar o contrato, Mendes (2005, p.218-221), entende que se o fiscal verificar na execução do contrato que determinadas providências escapam da sua competência, deve ele buscar meios, junto aos agentes competentes, para concretizá-las.

1.4 CAPACIDADE TÉCNICA DO EXECUTOR DE CONTRATO

Para que o acompanhamento da execução do contrato de obra, serviço ou compra seja eficiente, à autoridade pública deve designar servidor competente, com conhecimentos suficiente e adequado para o exercício dessa atividade, em face das dificuldades e dos problemas encontrados durante o transcorrer dos trabalhos de acompanhamento do objeto contrato. O executor deve ter suficiente formação educacional, conhecer as particularidades do objeto contratado e ser adequadamente treinado para possibilitar visão mais ampla e realista dos serviços executados. O treinamento implica utilização benéfica para a Administração Pública, uma vez que o executor fiscalizará o trabalho realizado pela empresa contratada e levantará todas as possíveis deficiências e formas de solucioná-las.

Embora a lei não faça referência expressa ao perfil do executor de contrato. Todavia, em face da relevância do encargo, é importante que o profissional designado seja dotado de certas qualificações, tais como:

- a) gozar de boa reputação ético-profissional;
- b) possuir conhecimentos específicos o objeto a ser fiscalizado;
- c) não estar, preferencialmente, respondendo a processo de sindicância ou processo administrativo disciplinar;
- d) não possuir em seus registros funcionais punições em decorrência da prática de atos lesivos ao patrimônio público em qualquer esfera do governo;

e) não haver sido responsabilizado por irregularidades junto ao TCU ou a Tribunais de Contas de Estado, do Distrito Federal ou de Município;

f) não haver sido condenado em processo criminal por crimes contra a Administração Pública.

A qualificação do representante da administração indicado para acompanhar a execução e fiscalização do contrato, sendo o objeto uma obra ou serviço de engenharia, deverá ser engenheiro, pois a esse cabe, em face das normas próprias (Lei nº. 5.194/99 e Resolução do CONFEA nº. 218/75), fiscalizar a execução desses objetos. (GUIMARÃES, 2006, p.67-69)

1.5 ÉTICA PROFISSIONAL DO EXECUTOR DE CONTRATO

A ética é elemento fundamental no exercício da função pública, em especial quando o servidor público está imbuído da função de executor de contrato, pois mediante seu serviço é possível conhecer todas as irregularidades, erros, falhas na execução de determinado contrato. Um bom executor de contrato deve-se comportar dentro de um código de ética dos mais rígidos, pois somente assim conseguirá fazer com que o contrato firmado pelo Poder Público e sob sua responsabilidade alcance os objetivos preliminarmente desejados.

Como padrão ético do executor de contrato cumpre destacar: capacidade prática, sentido objetivo, autoconfiança, bom-senso no procedimento da fiscalização, meticulosidade e correção, humildade e, também, perspicácia na fiscalização.

1.6 FATORES QUE EXIGEM ATUALMENTE A FUNÇÃO DE EXECUTOR DE CONTRATO

- Enxugamento da máquina administrativa;
- Terceirização de serviços públicos, com a transferência de inúmeras atividades administrativas para a iniciativa privada, tais como: manutenção predial, limpeza, vigilância, copa e etc.;
- Parceria Público Privada, com a celebração cada vez maior de convênios, termos de parceria e contrato de gestão;
- Fortalecimento do Controle Interno e Externo, que aumentaram a fiscalização dos gastos da administração pública, exigindo cada vez mais austeridade e eficiência dos recursos públicos.

Com o enxugamento da máquina administrativa, a terceirização de grande parte dos serviços administrativos (serviços de copa, limpeza, manutenção etc.), o avanço da parceria público privada, por meio de termos de parceria, contrato de gestão, convênios e outros ajustes congêneres, bem como a presença atuante dos órgãos de controle interno e externo, a figura do executor de contratos vem se tornando um elemento indispensável dentro da estrutura administrativa do Poder Público.

O conceito atual, de função singular e acessória ao cargo administrativo, deve ao longo do tempo ser modificado, as novas concepções de gestão administrativa, devem ver o executor de contrato como um importante aliado na prevenção e diagnóstico de possíveis falhas e erros de execução dos ajustes, além

de, com base na fiscalização minuciosa dos serviços executados pelo contratante, contribuir para a eficiência e economicidade na aplicação dos recursos públicos.

A relevância do papel desenvolvido pelo executor de contrato está diretamente relacionada com os seguintes fatores:

- O aumento na complexidade dos contratos, acordos, convênios e outros instrumentos congêneres firmados pela administração pública;
- A tendência cada vez mais acentuada da descentralização dos serviços públicos, com o conseqüente aumento da delegação de autoridade;
- O número cada vez maior de contratos, convênios, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados pelo Poder Público.

1.7 RESPONSABILIDADES DO EXECUTOR DE CONTRATO

Deixar a execução de contratos a cargo de servidor de unidade diretamente interessada no serviço prestado por terceiros é medida de eficiência administrativa, pois descentraliza e simplifica atos e procedimentos.

Essa descentralização, no entanto, devem corresponder sanções capazes de inibir a incúria, a fraude e a corrupção. As sanções, de regra, sejam executores ou não, todos os servidores públicos estão submetidos. O dever de vigilância, de fiscalização, de defesa do patrimônio público é de toda a comunidade.

O executor de contrato, por força de atribuições formalmente estatuídas, tem particulares deveres que, se não cumpridos, poderão resultar em responsabilização civil, penal e administrativa. A Lei 8.112/90, em seu art. 127, prevê as penalidades disciplinares a serem aplicadas aos servidores pelo exercício irregular de atribuições a eles afetas que são:

- a) advertência;
- b) suspensão;
- c) demissão;
- d) cassação de aposentadoria ou disponibilidade;
- e) destituição de cargo em comissão e de função comissionada.

Na aplicação dessas penalidades, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, bem como os danos que dela provierem para o serviço público.

As sanções administrativas poderão cumular-se com as sanções civis e penais, sendo independentes entre si.

O art. 122 da Lei 8.112/90 assim dispõe:

A responsabilidade civil decorre de ato omissivo ou comissivo, doloso ou culposo, que resulte em prejuízo ao erário ou a terceiros.

§ 1º A indenização de prejuízo dolosamente causado ao erário somente será liquidada na forma prevista no art. 46, na falta de outros bens que assegurem a execução do débito pela via judicial.

§ 2º Tratando-se de dano causado a terceiros, responderá o servidor perante a Fazenda Pública, em ação regressiva.

§ 3º A obrigação de reparar o dano estende-se aos sucessores e contra eles será executada, até o limite do valor da herança recebida.

No que se refere à responsabilidade penal, esta abrange os crimes e as contravenções imputadas ao servidor nessa qualidade, conforme preconiza o art. 123. Se a comissão de sindicância ou de processo administrativo disciplinar concluir que a infração constitui ilícito penal, os autos serão encaminhados ao Ministério Público. São crimes contra a Administração Pública: improbidade administrativa, aplicação irregular de dinheiro público, lesão aos cofres públicos e dilapidação nacional e corrupção.

2 ACOMPANHAMENTO DA EXECUÇÃO DO CONTRATO

2.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Concluída a licitação e celebrado o contrato, inicia-se a fase final do processo de aquisição de bens, contratação de serviços ou realização de uma obra pública, que é a importante fase de execução propriamente dita, que no caso de prestação de serviços ou obra, tem seu termo inicial determinado na Ordem de Serviço assinada pela autoridade competente. Noutros casos, o termo inicial é expresso no próprio contrato.

Durante a execução, o contrato, antes inerte, entra em movimento, conjugando interesses muitas vezes conflitantes. De um lado, a Administração com o poder de exigir serviços; de outro, a contratada com o dever de prestar o serviço e, ao mesmo tempo, assegurar o máximo de rentabilidade. A doutrina juntamente com a experiência ensinam que quanto maior o rigor na fiscalização, mais eficiente à execução.

A autoridade competente, junto com o contrato, expede Ordem de Serviço designando o responsável pela execução do contrato, que é um representante da administração, chamado Executor de Contrato, que recebe, junto com a Ordem de Serviço, cópia do instrumento contratual, cujas atribuições foram detalhadas no capítulo anterior.

Ao se examinar o acompanhamento da execução do contrato, deve ser enfatizada outra distinção existente entre os contratos administrativos e os contratos celebrados no âmbito do direito privado. Neste último, como regra, incumbe às partes

verificar se a outra cumpriu o resultado esperado, se o objeto contratual foi de fato cumprido. Interessa aos contratos do direito privado basicamente a obtenção do resultado esperado. No âmbito dos contratos administrativos, ao contrário, a Administração terá não apenas o direito, mas igualmente o dever de acompanhar a perfeita execução do contrato. Fala-se, assim, em poder-dever da Administração de promover a devida fiscalização da execução do contrato.

Em decorrência da supremacia do interesse público, não pode a Administração assumir posição passiva e aguardar que o contratado cumpra todas as suas obrigações contratuais. Não pode a Administração esperar o fim do termo do contrato para verificar se seu objetivo foi efetivamente alcançado, se seu objeto foi cumprido. Durante a própria execução do contrato, deverá ser verificado se o contratado está cumprindo todas as etapas e fases do contrato, essa forma de agir preventiva, traz somente benefícios à Administração, pois além de ser mencionada no art. 58, III, da Lei 8.666/93, a prerrogativa da Administração de fiscalizar seus contratos é igualmente disciplinada pelo art. 67, da supracitada lei. (FURTADO, 2001, p.298-309)

Observa, ainda, que é um dever da Administração verificar a regularidade do desenvolvimento da atividade pelo contratante. E só será aplicada essa regra de fiscalização quando a seqüência da execução puder ocultar defeitos na execução, o que acontecerá geralmente em obras de engenharia. Nesses casos o representante designado pela administração deverá ser um especialista do ramo. A Administração poderá ainda contratar terceiros para essa função fiscalizadora. (FRANÇA, 2002, p.139-146)

O exercício pela Administração da fiscalização ou acompanhamento não elimina nem reduz a responsabilidade civil do particular. Cabe a este desenvolver suas atividades com zelo e perícia, evitando provoca danos de qualquer natureza a terceiro. O particular responde em nome próprio pela sua conduta. A atividade de fiscalização desenvolvida pela Administração Pública não transfere a ela a responsabilidade pelos danos provocados pela conduta do particular. Não há, em princípio, relação de causalidade entre a fiscalização estatal e o dano sofrido por terceiro.

Quando surgir um defeito na execução de um contrato e este for imputado ao contratado, ele terá o dever de eliminá-lo a suas expensas.

2.2 REFLEXOS DO ACOMPANHAMENTO NA EXECUÇÃO CONTRATUAL

O acompanhamento do contrato é um meio indispensável de confirmação da qualidade da execução do objeto contratado e fator de maior tranquilidade para a Administração Pública, bem como para os órgãos de controles internos e externos.

A proteção que o executor oferece à Administração, dar maior segurança e garantia aos serviços, compras e obras executadas, os quais apresentam os seguintes aspectos:

Administrativo: contribui para redução de custo, ineficiência, negligência, incapacidade e impropriedade na execução de contratos;

1. Fiscal: cumprimento das obrigações fiscais, resguardando o patrimônio público contra multas ou penalidades advindas de sonegação fiscal por parte do contratante.

1. Técnico: contribui para mais adequada execução dos serviços e obras contratadas e garantia de que a obra ou serviço foram realizados conforme previsto no projeto básico e executivo;

- Financeiro: resguardar a administração pública contra possíveis fraudes e dilapidação do patrimônio público, permitindo maior controle dos recursos para fazer face a esses compromissos;

- Econômico: assegura maior exatidão dos custos e qualidade da execução dos serviços, compras e obras, na defesa do interesse público.

O executor deve, ainda, durante todo o acompanhamento do contrato, aferir o comportamento mercadológico, inclusive os sazonais (entresafra – supersafra), o que estaria dentro da competência, da alçada do executor para discussão de repactuações contratuais. Exemplificativamente, uma contratação cuja dimensão economicamente mais viável para a Administração foi inicialmente estabelecida para vigor onde os materiais de consumo estariam embutidos nos preços, além da mão-de-obra, se ocorresse, portanto, numa determinada época futura de vigência contratual, uma supersafra de café ou açúcar, e, considerando que à época da apresentação da proposta assolava, nesses setores varejistas, a existência de entresafra por questões imprevisíveis – frise-se: à época inicial da formação do preço, em ocorrendo, contudo, uma supersafra, o executor do contrato,

representante designado pela Administração, há de estar sensível a essas oscilações para discutir repactuações, e restabelecer a equação econômica inicial pactuada. Para tanto, terá como parâmetro a planilha de origem, formadora dos preços que resultam adjudicatários.

Esses novos incrementos de custo ajudarão o restabelecimento do valor do contrato às bases iniciais, às proporções originais.

Essa dinâmica de gestão consagra-se não só no adimplemento contratual, ela estende-se à evolução mercadológica objeto do contrato sob sua alçada, para orientar a Administração no exame quanto à sua economicidade e pronta adequação ou revisões de futuro ajustes. Como exemplo temos a substituição da vigilância predial armada por vigilância eletrônica, que demonstra, além da economia, um avanço tecnológico mais racional, mais eficiente para a Administração Pública. (MELO, 2000, p.26-28)

Durante o acompanhamento, cada parte tem o dever de executar fielmente as prestações que lhe incumbem. No caso do particular, isso significa cumprir o disposto na Lei, no ato convocatório e no contrato.

O particular é contratado para executar uma prestação identificada de modo previsto e definido. Tem o dever de executar essa prestação de modo perfeito. Ainda que o contrato seja omissivo, deverão ser observadas as regras técnicas, científicas ou artísticas pertinentes à tarefa executada. Não é necessário que o contrato preveja e minudencie todas as formalidades a serem cumpridas, todos os detalhes a serem executados, todas as circunstâncias a serem atendidas. Assim, por exemplo, o profissional contratado para executar cálculo estrutural de uma obra de

engenharia tem o dever de examinar todas as circunstâncias e elaborar o cálculo correto, tendo em vista a utilização que se dará à obra. Não pode se escusar sob o argumento de que o contrato não lhe impunha o dever de realizar o cálculo corretamente ou que efetivou o cálculo para as hipóteses comuns ou padrão.

Apurada a existência de defeito, o particular tem o dever de eliminá-lo, às próprias expensas. É óbvio que esse dever inexistirá quando o defeito não for imputável ao particular. Assim, se o particular cumpriu estritamente as determinações contratuais ou regulamentares, a ocorrência de defeito não será de sua responsabilidade. Se a especificação do material defeituoso foi efetivada pela Administração, nenhuma responsabilidade cabe ao particular.

Por fim, apontamos dentro de outras, no acompanhamento da execução as seguintes vantagens para a Administração Pública:

- Fiscaliza a eficiência da execução da obra, serviço ou compra;
- Assegura maior correção dos serviços executados;
- Dificulta desvios de bens públicos e pagamentos indevidos de despesas;
- Possibilita a identificação de serviços não executados;
- Aponta falha na execução dos serviços e obras;
- Contribui para maior observância das leis fiscais.

2.3 AS ALTERAÇÕES CONTRATUAIS

2.3.1 Os limites de alteração

O contrato administrativo pode ser alterado unilateralmente pela Administração ou por acordo entre as partes. O art. 65 da Lei 8.666/93 arrola os casos previstos.

Independentemente dessa faculdade, muitas alterações poderiam ser evitadas se houvesse planejamento adequado para compras e serviços. Elas, como fator não previsto, geram descontroles orçamentários.

Assim, o responsável pela elaboração de projeto básico deve cercar-se de pesquisas e estudos objetivamente realizados. As previsões de quantidades e de serviços devem seguir rigorosa metodologia. Se a falta gera desequilíbrio, o excesso também, pois este, durante o exercício financeiro, mantém retida verba que poderia ser tempestivamente investida no provimento de outras necessidades. Isso está sendo dito porque há quem faça previsão de quantidade excessiva para mais tarde não pedir acréscimo.

Mas há casos em que, mesmo com tudo bem planejado, a alteração é inevitável. Houve modificação no projeto ou nas especificações para aperfeiçoar o pretendido; circunstâncias novas exigem mudança no regime de execução; as quantidades tornaram-se insuficientes em face do aumento abrupto da demanda. Os casos podem ser muitos e todos devem ser justificados objetivamente.

Os limites às alterações estão definidos nos §§ 1º e 2º do art. 65 da Lei 8.666/93. No caso de obras, serviços e compras, o contratado é obrigado a suportar

acréscimos ou supressões em até 25%. No caso de reforma de edifício ou de equipamento, pode a Administração impor acréscimos (só acréscimos) de até 50%. Supressões podem ir além dos 25%, desde que com a anuência do contratado.

Essas alterações, como já dito, em se tratando de acréscimos, são feitas por meio de termo aditivo, a pedido do executor. O atendimento, no entanto, dependerá de disponibilidade orçamentária. A solicitação deve ser enviada à autoridade superior com a devida antecedência, acompanhada de imprescindível justificativa e de todas as informações necessárias à sua efetivação.

2.3.2 A prorrogação do prazo de vigência

É vedada a contratação por tempo indeterminado. A regra é que a duração dos contratos deve ficar adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários. O art. 57 da Lei 8.666/93 arrola as exceções. A mais freqüente é a relativa às contratações de prestação de serviços a serem executados de forma contínua. Essa mesma lei também entrega desde que decorram dos motivos que ela elenca (§ 1º do art. 57). No entanto, exige a lei que toda prorrogação de prazo deve ser justificada por escrito e previamente autorizada pela autoridade competente para celebrar o contrato (§ 2º do art. 57).

Como se observa, a prorrogação não é a regra. É a exceção. O executor do contrato não pode descuidar de suas obrigações. Os pedidos de prorrogação têm de ser formalizados com tempo de antecedência suficiente para que a Administração possa apreciá-lo do ponto de vista técnico-jurídico e financeiro.

É totalmente irregular prorrogação formalizada em data posterior à vigência de contratos. A razão é muito simples. Só se pode legalmente atuar sobre um contrato se ele estiver em vigor. Se já estiver expirado o prazo, ou seja, se advém o termo final, está extinto.

É de esclarecer, também, que o contratado não está obrigado a admitir prorrogação de vigência de contrato. A Administração deve, durante a vigência, consultá-lo. Para isso, antes, deve o executor informar à autoridade superior se é conveniente ou não a prorrogação. Essa manifestação deverá ser por escrito, e com a devida antecedência, pois caso o contratado não aceite a prorrogação de vigência, e os serviços prestados são imprescindíveis ao funcionamento do órgão, a Administração para não haver solução de continuidade deverá ter tempo suficiente para a realização de um novo procedimento licitatório.

2.4 FISCALIZAÇÃO DA EXECUÇÃO DO CONTRATO

A fiscalização deve ser efetuada de acordo com as normas usuais pertinentes a cada tipo de serviço ou obra, sempre observando as normas contidas no termo do instrumento contratual, com estrita observância dos prazos, projetos, especificações, valores e condições nele contidos.

A fiscalização abarca o exame do material e dos serviços empregados pelo contratado na execução do objeto contratado, envolvendo, ainda, a realização de testes, prova de carga, experiências de funcionamento e de produção e todas as atividades necessárias à perfeita execução da obra, do serviço ou do fornecimento

que, salvo disposições em contrário constantes do edital, do convite ou de ato normativo, ocorrem por conta do contratado (art. 75, Lei nº. 8.666/93).

O poder-dever de fiscalização pela Administração, não é mera faculdade assegurada a ela, trata-se de um dever, a ser exercitado para melhor realizar o interesse público. A Fiscalização induz o contratado a executar de modo mais perfeito os deveres a ele impostos. O agente designado pela administração deverá acompanhar o desenvolvimento da atividade do particular, anotando as ocorrências relevantes e documentando eventuais equívocos a serem corrigidos. Este agente não disporá da faculdade de intervenção, isto é, não poderá interferir sobre a atividade do contratante expedindo determinações acerca da correção dos defeitos verificados, porém, deverá transmitir suas anotações às autoridades competentes, às quais competirá adotar as providências necessárias. (JUSTEN FILHO, 2005, p.501)

A Administração tem o poder-dever de acompanhar atentamente a atuação do particular. O interesse público não se coaduna com uma atuação passiva da Administração. Se o particular não executar corretamente a prestação contratada, a Administração deverá atentar para isso de imediato. A atividade permanente de fiscalização permite à Administração detectar, de antemão, práticas irregulares ou defeituosas. Poderá verificar, antecipadamente, que o cronograma previsto não será cumprido. Enfim, a Administração poderá adotar com maior presteza as providências necessárias para resguardar o interesse público.

O instrumento contratual poderá dispor acerca de procedimentos fiscalizatórios, tais como, a designação de agente administrativo para acompanhar o processo de produção de um bem. A fiscalização tanto poderá fazer-se em termos

passivos como ativos. A fiscalização passiva corresponde ao mero acompanhamento por agentes administrativos da atividade do contratante. A fiscalização ativa verifica-se quando a própria seqüência da atividade do particular depende de atos da Administração (exames, aprovações etc.).

As regras contratuais destinam-se a disciplinar a atividade de fiscalização. Visam a evitar que a fiscalização seja desenvolvida de modo inconstante ou não sistemático. Impõem deveres concretos ao particular, cujo descumprimento caracteriza inadimplemento contratual. Tais regras não constituem um limite às prerrogativas da Administração. Se surgirem dúvidas ou controvérsias acerca da atuação do particular, a Administração pode promover fiscalização além e diversamente do previsto no contrato. Mas não se admite que a Administração utilize de sua faculdade de fiscalização para prejudicar o particular. A fiscalização não deve ir além do necessário à verificação do cumprimento dos deveres pelo particular. Haverá desvio de poder se a Administração exercer seu poder de fiscalização para efeito diverso da mera verificação do cumprimento dos deveres pelo particular. É vedado à Administração adotar critérios de fiscalização mais rígidos ou rigorosos como contrapartida pelo descumprimento de deveres de natureza distinta. Assim, não se pode impor fiscalização mais severa para as empresas com débitos fiscais ou que descumprem metas governamentais.

Os critérios de fiscalização devem ser sempre os mesmos. Ou o particular atende às exigências ou não as atende. O atraso ou a demora na prática dos atos de fiscalização é inadmissível. O particular não pode arcar com as conseqüências da omissão da Administração. Se a Administração não executar a fiscalização, o particular tem a faculdade de prosseguir na sua atividade ou invocar a regra do art.

57, §1º, inc. VI da Lei nº. 8.666/93. A opção dependerá dos termos contratuais. A providência fiscalizatória poderá caracterizar-se como indispensável ao prosseguimento da atividade e sua omissão constrangerá o particular a paralisar sua atuação. A demora da Administração deverá ser formalmente apontada pelo particular. E os prejuízos derivados da demora na fiscalização serão de responsabilidade da Administração.

Além das prerrogativas de modificação e de rescisão do contrato, a Administração tem o poder-dever de fiscalizar-lhes a execução. As funções espontâneas, desempenhadas pela Administração, independentemente da solicitação do administrado. Fiscalização é, assim, a vigilância que os órgãos da Administração exercem sobre a execução dos contratos administrativos. (CRETELLA JÚNIOR, 2004, p.361-371).

2.5 NORMAS DE FISCALIZAÇÃO

Quando se é designado para fiscalizar um contrato público, o executor, geralmente, não sabe a que documentos ou normas devem recorrer para desempenhar suas atividades. Raras vezes obtém junto ao setor competente o processo administrativo que deu origem à contratação e extrai dos mesmos os documentos necessários, mormente: o edital de licitação (projeto básico, planilha de preços, especificações), o contrato e seus anexos, portaria que o designou, atos normativos de fiscalização de contrato. E, mesmo, que disponha de tais documentos, dificilmente, faz uma boa análise dos mesmos, como base para que se possa

efetivamente exigir o cumprimento das obrigações assumidas pela empresa ou do profissional contratado pela Administração Pública.

Há, basicamente, dois tipos de normas relativas às atribuições do executor: em primeiro lugar dever orientá-lo na função de acompanhamento e em segundo quanto à fiscalização do contrato. A primeira espécie é a de caráter geral (Lei de Licitações e Contratos, Estatuto dos Servidores Públicos, Código de Ética do Servidor Público e outras mais). A segunda espécie é de caráter específico (Contrato, Projeto Básico e atos normativos que definem as atribuições dos executores de contrato). Essas normas determinam a estrutura dentro da qual o executor vai se pautar para levar a cabo a fiscalização do objeto do contrato. Também servem para dar qualidade aos atos destinados a atingir esse objetivo.

Enquanto as normas gerais são normas que expressam os princípios básicos pertinentes à fiscalização, as normas específicas descrevem as tarefas realmente cumpridas pelo executor, na fiscalização do ajuste. As normas gerais são aquelas contidas na Lei de Licitações e Contratos e não se permite desvio algum, se pretende fazer uma fiscalização satisfatória. Em contraposição, as normas específicas são aquelas descritas pelos órgãos; entidades do poder público em todas as suas esferas, por meio de decreto executivo, resoluções, portarias etc. As normas específicas dizem respeito ao que os executores efetivamente devem fazer durante a execução do objeto contratado.

Na maioria das vezes, as normas específicas de fiscalização de contrato, são meros guias de orientação geral, e não um manual analítico de procedimentos a serem seguidos pelo executor do contrato, fixando limites nítidos de

responsabilidades e dando orientação quanto ao comportamento do executor de contrato em relação à capacitação profissional e aos aspectos técnicos requeridos para o acompanhamento da execução do objeto contratual.

A criação de normas específicas para o executor de contrato é tarefa complexa, em face da diversidade de contratos desenvolvidos e às abordagens especialmente trabalhadas para cada contrato especificamente. A tarefa torna-se ainda mais difícil devido à necessidade de criação de normas que se estejam ao alcance de todos os servidores públicos que, via de regra, não tem conhecimentos técnicos especializados necessários para a fiscalização do contrato em todas as suas etapas, conhecimentos estes que envolvem as áreas de direito administrativo, tributário e financeiro, engenharia, administração e muitas outras.

2.6 IMPORTÂNCIA DAS NORMAS DE FISCALIZAÇÃO

As normas de fiscalização de contrato, juntamente com os procedimentos descritos no edital de licitação, contrato, projeto básico e especificações da obra, serviço ou compra, estabelecem a ordem e a disciplina da realização da função de executor de contrato. É a observância dessas normas que leva a uma execução do objeto contratual eficiente e econômico de acordo com o esperado pela Administração Pública.

Existem outros motivos para que a Administração Pública estabeleça normas de fiscalização de contrato. Espera-se do executor não só o atesto de notas fiscais ou faturas, mas, também, minuciosidade e exatidão no desempenho da

atividade de fiscalização do particular contratado. A necessidade de se conciliar o tempo para o desempenho das atribuições do seu cargo de origem com a função de executor de contrato gera opressão que o faz procurar caminhos mais rápidos, que nem sempre são os melhores e mais seguros, e a agir sem se atentar para as normas relativas à matéria, atestando serviços que não foram executados adequadamente, recebendo produtos fora da especificação do edital ou contrato, deixando o contrato expirar para, somente após, pedir prorrogação de prazo do mesmo, ou não justificando de forma minuciosa as alterações de quantitativos necessários para a execução da obra ou reforma etc. A existência de normas de fiscalização detalhadas para cada tipo de serviço ajuda o executor e, por conseqüente, Poder Público a manter a qualidade das obras, serviços e compras realizadas.

2.7 OBJETIVOS DA FISCALIZAÇÃO

O objetivo da fiscalização é assegurar a perfeita execução do contrato, ou seja, a exata correspondência dos trabalhos com o projeto ou com as exigências, previamente estabelecidas pela Administração, tanto nos seus aspectos técnicos quanto nos prazos de realização, e, por isso mesmo, há de pautar-se pelas cláusulas contratuais, pelas normas regulamentares dos serviços e pelas disposições do caderno de obrigações, se existirem.

2.8 APLICAÇÃO DE PENALIDADES

Uma das características do contrato administrativo é a possibilidade de aplicação direta de penalidades por motivo de infração cometida pelo contratado, que resulta do princípio da auto-executoriedade dos atos administrativos, independentemente de prévia intervenção do Judiciário.

Essa faculdade, entretanto, está adstrita ao princípio do contraditório e da ampla defesa. Assim, todas as irregularidades cometidas pelo contratado têm de estar registradas, comprovadas. Nem tudo pode ser relevado. O princípio da indisponibilidade do interesse público impõe rigoroso controle e aplicação inarredável das cabíveis sanções. O relaxamento do servidor responsável é conduta punível perante a Lei 8.112/90. As sanções contratuais incluem advertência, multa, suspensão temporária ou declaração de inidoneidade, que implicam impedimento de participação em licitação e de contratar com a Administração.

Em face do poder-dever da Administração de promover a fiscalização da execução de seus contratos, a Administração designa um agente para promover esse acompanhamento. Deverá ele anotar tanto o cumprimento do objeto, ou de partes desse objeto, do contrato, como eventuais falhas ou irregularidades em sua execução. Na eventualidade de esse representante verificar, por exemplo, fato que justifique a aplicação de multa, não será ele quem irá determinar a aplicação dessa multa. Cabe a ele, tão-somente, promover as anotações necessárias, o mais detalhadamente possível, de modo a permitir que a autoridade competente determine a aplicação de penalidades, ou suste o pagamento a ser realizado. É importante

observar, contudo, que a ausência de fiscalização ou a má fiscalização não eximem o contratado de suas responsabilidades perante a Administração Pública.

3 RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NOS CONTRATOS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS

3.1 QUESTÕES INICIAIS

Na Administração Pública, para que os órgãos ou entidades administrativas possam, conforme o melhor interesse da sociedade, prestar os serviços dentro do estrito cumprimento do princípio da eficiência, não é salutar que desviem as suas atenções para atividades ligadas a serviços indiretos, que não dizem respeito às finalidades a que se destinam determinados órgãos ou entidades. Assim, recorre-se ela, então, do processo de terceirização, cuja função principal é a de se apresentar como suporte para que o respectivo objetivo da entidade seja atingido.

Adotando-se então essa prática, restam presentes três pessoas envolvidas com a dita relação: a Administração (contratante da mão-de-obra terceirizada), a empresa prestadora de serviços (contratada) e o trabalhador (força de trabalho colocada à disposição da contratante).

Nesse diapasão, discute-se a existência ou não de responsabilidade da Administração no que tange aos direitos trabalhistas do empregado da contratada, caso não tenham eles sido por esta respeitados.

Não são frágeis os argumentos daqueles que sustentam a ausência de responsabilidade da Administração, quando a empresa contratada não cumpre as exigências legais trabalhistas. Posicionam-se no sentido de que as normas administrativas e os princípios constitucionais da Administração impedem que ela

seja obrigada por desrespeito da contratante à aplicação da legislação trabalhista, não havendo qualquer norma legal que atribua àquela a mencionada responsabilidade.

Em posição oposta, os defensores da responsabilidade do Estado argumentam, principalmente, que esta se perfaz objetivamente, conforme previsto no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, bem como que a relação havida com os empregados tem natureza privada e é tratada pelo Direito do Trabalho, o qual, aliás, tem como princípio e até razão de existir a proteção efetiva ao trabalhador subordinado.

A terceirização de serviços não deve ser vista como uma forma incontida de contratação de pessoal nas empresas ou entidades, tendo o Tribunal Superior do Trabalho delimitado como lícita aquela que tem por objetivo a atividade-meio da empresa contratante, desde que não haja a subordinação direta nem a pessoalidade entre esta e o trabalhador.

Considera-se fraude à lei trabalhista, portanto, as hipóteses em que a contratação tiver por objetivo a atividade-fim da contratante, levando à respectiva descaracterização da tomadora como uma empresa, visto encontrar-se ausente um de seus elementos compositivos, qual seja, o elemento humano.

Nesse sentido, o inciso III do Enunciado nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho:

“III – Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.6.83), de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados, ligados à atividade-meio do empregador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.”

Uma vez respeitado o limite acima, imposto pelo próprio sentido de ser e, até mesmo, de auto-preservação do Direito do Trabalho, tem a terceirização que ser aceita e incorporada nas inter-relações empresariais, inclusive como fator de multiplicação e diversificação de empregos e de racionalização de custos de produção para seu conseqüente barateamento.

Havendo, ao contrário, a intermediação da atividade-fim da empresa contratante, são chamadas à atuação as autoridades responsáveis pela operacionalização oficial do Direito do Trabalho, quais sejam, o Ministério do Trabalho, o Ministério Público do Trabalho e a Justiça do Trabalho, que têm a incumbência de adentrar a cena jurídica, a fim de descaracterizar a relação fraudulenta então existente, levando a responsabilidade, por conseguinte, a quem de direito.

3.2 RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA

No campo privado, a contratação irregular de trabalhador por empresa interposta, caso de uma terceirização irregular, leva normalmente à caracterização do vínculo empregatício diretamente com a tomadora dos serviços, excluindo-se a prestadora da relação. No tocante à Administração Pública, tal assertiva já não pode ser feita, visto que há dispositivo expresso na Constituição Federal (art. 37, inciso II) impedindo a citada caracterização de vínculo empregatício sem que tenha havido o concurso público.

Nesse sentido, também, o inciso II do Enunciado 331 do Tribunal Superior do Trabalho assim dispõe:

“II – A contratação irregular de trabalhador, através de empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública Direta, Indireta ou Fundacional (art. 37, II da Constituição Federal);”

Diante da impossibilidade de configuração de vínculo empregatício diretamente com a Administração, conforme acima, nos casos de terceirização irregular, a solução cabível será a responsabilização solidária daquela pelos eventuais direitos trabalhistas dos empregados envolvidos.

É o que se extrai do texto estampado no art. 1.518 do Código Civil. Se não, vejamos:

“Art. 1.518. Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se tiver mais de um ator a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação.

Parágrafo único. São solidariamente responsáveis com os autores os cúmplices e as pessoas designadas no art. 1.521.”

Nesse caso, existe um efetivo dano causado a um terceiro, assim considerado o trabalhador que esteja agindo de boa-fé. Diante de tal fato, autorizada está a aplicação do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, no sentido de responsabilização da Fazenda Pública pelo prejuízo absorvido e o conseqüente ressarcimento ao erário pelo agente público diretamente envolvido.

Todavia, o que causa maior celeuma e interessa ao nosso propósito, são os casos em que a terceirização é perfeitamente lícita, havendo a regular contratação

da empresa prestadora de serviços, enquadrando-se a hipótese dentro dos dispositivos jurídicos que a regulam.

3.3 RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA

O posicionamento adotado pelo Tribunal Superior do Trabalho nos casos em que a empresa contratada (prestadora de serviços) não respeita os direitos dos seus empregados, quando colocados à disposição de outra empresa ou entidade, é pela responsabilidade subsidiária desta (contratante) em relação às obrigações daquela (contratada) para com os trabalhadores (empregados da contratada), conforme o Enunciado nº 331, inciso IV.

“IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica na responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (artigo 71 da Lei nº 8666/1993).”

O artigo 455 da CLT é expresso no sentido de que nos contratos de subempreitada, o subempreiteiro responde pelas obrigações decorrentes do contrato. Caso este não as satisfaça, cabe aos empregados o direito de reclamar junto ao empreiteiro principal, cabendo a este, por sua vez, ação regressiva contra o subempreiteiro.

Efetivamente, a razão pela qual se adotou a tese da responsabilidade subsidiária da Administração nos casos de inadimplemento dos direitos trabalhistas

dos empregados fundamenta-se na utilização simultânea pela tomadora, diretamente, e pela prestadora, indiretamente, da força de trabalho colocada à disposição daquela. Assim, não está em outro lugar senão nos próprios princípios e regras do Direito do Trabalho a justificação da subsidiariedade ora tratada.

Não é caso de invocação do Princípio da Isonomia para equiparar a Administração aos entes de direito privado: a clareza do texto constitucional em sentido contrário é evidente. Trata-se de invocação desse princípio no sentido de se equiparar trabalhadores, uma vez que a defesa dos direitos assegurados a estes configuram o objeto do Direito do Trabalho. Assim, seria tratar desigualmente um trabalhador terceirizado a uma empresa particular e o terceirizado a um ente público, garantido-lhes de forma diferente o direito apenas porque o local onde presta os serviços é um local da Administração, o que, evidentemente, foge às orientações dos bons princípios de Direito.

Enquanto a relação direta da Administração com a empresa contratada rege-se pelo direito público, a existente entre o Poder Público e o trabalhador é de direito privado.

A responsabilidade subsidiária da Administração independerá da existência ou não de culpa do administrador, seja a que se refere à contratação (*in eligendo*) seja a que se refere à fiscalização dos procedimentos por ela adotados quando da prestação de serviços (*in vigilando*).

Restando presente a hipótese de ter sido a culpa caracterizada, possível será à Administração buscar, na pessoa do agente causador do dano, a reposição ao erário dos prejuízos verificados.

Neste ponto, resta caracterizada a importância da questão culpa na relação ora abordada. A sua existência não será fundamental à responsabilização subsidiária da Administração, que decorre de outros fatores, mas será crucial no que tange à eventual responsabilização do agente público que, por algum motivo, negligência, imperícia ou imprudência deixou de observar ou não realizou a contento as funções que lhe cabiam na contratação havida.

A existência da culpa *in eligendo* justifica-se no sentido de que, ao órgão licitante, vale dizer, aos agentes públicos responsáveis pelos procedimentos licitatórios quanto à escolha, é dada ampla possibilidade de se aferir se a empresa que está sendo contratada é idônea e se tem condições financeiras de responder pelos direitos de seus trabalhadores.

A Lei de Licitações (Lei 8.666/93), ao tratar do processo de habilitação, encampa uma ampla relação de exigências que devem ser cumpridas pelas empresas que contratam com o Poder Público. Nesse momento, tem o administrador a possibilidade de verificar quais empresas têm e quais não têm condições de prosseguir na relação que está se estabelecendo.

Nesses termos, o artigo 27 da referida lei prescreve que é dever do administrador verificar a capacidade jurídica, a qualificação técnica, a qualificação econômico-financeira e a regularidade fiscal, em relação à empresa prestadora, cuja finalidade é justamente dar-lhe elementos para que possa eleger aquelas que se mostram em condições de atender às exigências, dentre outras, da legislação trabalhista.

No caso, por exemplo, de uma empresa apresentar em sua proposta valores relativos a salário menores que o piso da categoria dos trabalhadores na base territorial onde prestarão serviços, restará a indicação de que problemas futuros com direitos dos empregados poderão ocorrer, originando uma responsabilidade ao órgão licitante, caso essa empresa permaneça no certame.

Além de ocorrer na contratação, culpa também se afigura presente na execução do contrato (*culpa in vigilando*), tendo em vista a falta de acompanhamento e fiscalização quanto aos corretos procedimentos a serem tomados pela empresa prestadora.

O artigo 67 da Lei nº 8.666/93 traz a obrigação para o executor de acompanhar e fiscalizar a execução do contrato, permitindo inclusive a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição.

Ainda, os parágrafos 1º e 2º desse artigo impõem à Administração, através de um representante seu, anotar todas as ocorrências em relação à execução do contrato e tomar todas as providências para a respectiva regularização. Exorbitando o poder conferido a esse representante, tem ele a obrigação de solicitar aos seus superiores, em tempo hábil, as medidas convenientes.

3.4 FISCALIZAÇÃO DAS OBRIGAÇÕES TRABALHISTAS

Por diversas vezes, ao tratar da contratação ou da operacionalização do contrato, a Lei nº 8.666/93 trata especificamente do executor (Agente Público) e das obrigações e deveres respectivos no tocante à contratação com o particular.

A razão de tal fato se encontra na possibilidade que tem o Poder Público de fazer ressarcir os prejuízos causados ao erário, através da responsabilização do agente causador do dano a terceiro, o qual teria restado indenizado pela Fazenda Pública, em face da respectiva responsabilidade subsidiária em relação às obrigações assumidas pela contratada com seus empregados cuja força de trabalho fora colocada à disposição da Administração.

Nesse contexto, diante da importância no sentido de afastar qualquer alegação de responsabilização pelos atos praticados, apresentamos, a seguir, uma relação de documentos que devem ser exigidos das empresas prestadoras de serviço para que o administrador tenha sob controle o cumprimento por parte dessas contratadas de todas as obrigações pertinentes aos direitos dos trabalhadores.

Importante mencionar que, em razão de não estar a prestadora de serviços obrigada por lei a comprovar, perante a tomadora, a regularidade dos procedimentos trabalhistas adotados, a solução é a previsão contratual obrigando a contratada (prestadora) a fornecer a documentação que a Administração entende necessária para essa verificação.

Dessa forma, tendo sido realizada a mencionada pactuação, o executor responsável pela fiscalização da perfeita execução do contrato terá subsídios jurídicos para exigir a apresentação periódica, por parte da prestadora, da seguinte documentação:

- a) cópia do Contrato de Trabalho e do Regulamento Interno da Empresa, se houver, bem como do Acordo ou da Convenção Coletiva de Trabalho, ou, ainda, do acórdão normativo proferido pela Justiça do

Trabalho, se for o caso, relativos à categoria profissional a que pertence o trabalhador, para que se possa verificar o cumprimento das respectivas cláusulas;

- b) Registro de Empregado e cópia das páginas da sua Carteira de Trabalho e Previdência Social, atestando a contratação;
- c) Atestado de Saúde Ocupacional (AOS), comprovado a realização dos exames médicos (admissional e periódicos e, se for o caso, de retorno ao trabalho e de mudança de função);
- d) Comprovante de cadastramento do trabalhador no regime do PIS/PASEP;
- e) o cartão, ficha ou livro de ponto, assinado pelo empregado, onde constem as horas trabalhadas, normais e extraordinárias, se for o caso;
- f) o recibo de concessão do aviso de férias (30 dias antes do respectivo gozo);
- g) o recibo de pagamento, atestando o recebimento de salários mensais e adicionais, férias + 1/3 e 13º salário (1º e 2º parcelas), quando da época própria, além de salário-família, caso devido, assinado pelo empregado, ou, conforme o artigo 464 da CLT, acompanhado de comprovante de depósito bancário na conta do trabalhador;

- h) comprovantes de opção e fornecimento do vale-transporte, quando for o caso;
- i) comprovantes de recolhimento de contribuição sindical e outras devidas aos sindicatos, se for o caso, na época própria;
- j) comprovante de entrega da RAIS e de que o trabalhador dela fez parte, quando for o caso;
- l) documento que ateste o recebimento de equipamentos de proteção individual ou coletiva, se o serviço assim o exigir;
- m) comprovantes que atestam o correto depósito do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço em conta vinculada aberta para esse fim;

No caso de trabalhadores vigilantes (serviço de vigilância), além dos documentos acima, no que couber, devem ser exigidos também:

- a) comprovação da anotação realizada na Carteira Nacional de Vigilante;
- b) comprovação da aprovação em curso de formação de vigilância;
- c) comprovação de registro na Polícia Federal, autorizando o exercício da profissão;
- d) em caso de porte de arma, autorização da Secretaria de Segurança Pública.

Havendo, eventualmente, a rescisão do contrato de trabalho de um trabalhador e substituição por outro, convém ainda a obrigatoriedade de

apresentação por parte da empresa contratada, em relação ao empregado cujo contrato se extinguiu, os seguintes documentos:

- a) O Termo de Rescisão do Contrato de Trabalho, que deve estar devidamente homologado quando, quando o trabalhador estiver há mais de um ano prestando serviços na empresa.
- b) Documento que comprove a concessão de aviso prévio, trabalhado ou indenizado, seja por parte da empresa seja por parte do trabalhador;
- c) Recibo de entrega da Comunicação de Dispensa (CD) e do Requerimento de Seguro Desemprego, na hipótese em que o trabalhador possa requerer o respectivo benefício (dispensa sem justa causa, por exemplo);
- d) Cópia da Guia de Recolhimento Rescisório do FGTS nos casos em que o trabalhador foi dispensado sem justa causa ou em caso de extinção de contrato por prazo determinado;

Com essa documentação sendo periodicamente apresentada, apesar das dificuldades que possam se afigurar para a efetivação terá o administrador tranqüilidade quanto a eventuais problemas que poderiam ocorrer ante a não-observância das normas de proteção ao trabalhador pela empresa contratada.

Observe-se que apenas com o cumprimento da legislação que lhe é imposta, a Administração já teria segurança no tocante a possíveis problemas com encargos trabalhistas inadimplidos. Basta para isso que do contrato a ser realizado conste cláusula obrigando o contratado a apresentar a documentação comprobatória de regularidade no tocante à legislação trabalhista, conforme acima relacionada.

Presente essa documentação, mensalmente, antes da quitação da fatura, certamente estará garantida uma situação mais tranqüila ao órgão licitante, reduzindo, senão extinguindo, as chances de problemas com direitos trabalhistas não satisfeitos em relação aos trabalhadores cuja força de trabalho fora posta à sua disposição. Em consequência, estará o agente público(executor de contrato) envolvido com a licitação, no tocante à eleição da empresa e à fiscalização do contrato, com a certeza de que fez a sua parte, não correndo riscos de que futuramente lhe seja transferida responsabilidade por prejuízos causados à Administração.

4 RECEBIMENTO DO OBJETO CONTRATUAL

4.1 RECEBIMENTO DO OBJETO CONTRATADO

Nos contratos administrativos, a questão do recebimento do objeto do contrato assume contornos próprios, distinguindo-se das regras aplicáveis aos contratos celebrados no âmbito do direito privado. Os contratos administrativos seguem regras próprias, definidas na Lei nº. 8.666/93, somente sendo aplicáveis os preceitos e princípios do direito privado em caráter suplementar. Isto é, quando não existirem regras próprias no direito administrativo, e não houver incompatibilidade entre as regras do direito privado e as do direito público.

A questão do recebimento da prestação executada pelo contratado foi tratada pelo art. 73, da Lei nº. 8.666/93, que dispõe:

Art. 73. Executado o contrato, o seu objeto será recebido:

I – em se tratando de obras e serviços:

- a) provisoriamente, pelo responsável por seu acompanhamento e fiscalização, mediante termo circunstanciado, assinado pelas partes em até 15 (quinze) dias da comunicação escrita do contratado;*
- b) definitivamente, por servidor ou comissão designada pela autoridade competente, mediante termo circunstanciado, assinado pelas partes, após o decurso do prazo de observação, ou vistoria que comprove a adequação do objeto aos termos contratuais observados o disposto no art. 69 desta Lei;*

II – em se tratando de compras ou de locação de equipamentos:

- a) provisoriamente, para efeito de posterior verificação da conformidade do material com a especificação;*
- b) definitivamente, após a verificação da qualidade e quantidade do material e conseqüente aceitação.*

4.2 RECEBIMENTO PROVISÓRIO E DEFINITIVO

Nos contratos administrativos, é feito, em primeiro lugar, o recebimento provisório, que, conforme defende Justen Filho, produz o efeito de liberar o contratado de eventuais riscos que venham a ser verificados no objeto do contrato. Esse recebimento provisório, porém, não tem o poder de liberar o contratado da obrigação assumida no contrato, ela apenas transfere a posse do bem ou prestação para a Administração. Esta posteriormente, irá verificar e atestar, por meio do recebimento definitivo, se o produto, serviço ou obra foram entregues nos termos em que foram contratados.

Nos casos de obras e serviços, executado o objeto do contrato, o contratado irá comunicar por escrito à Administração sua execução. O responsável pela fiscalização e acompanhamento do contrato, indicado nos termos do art. 67, deverá, no prazo de 15 dias, atestar seu recebimento provisório.

Em seguida ao recebimento provisório da obra ou serviço, a autoridade competente dentro de cada órgão irá designar servidor ou comissão para, mediante termo circunstanciado, assinado pelas partes, após o decurso do prazo de observação, ou vistoria que comprove a adequação do objeto aos termos contratuais observados o disposto no art. 69 da Lei nº. 8.666/93, atestar seu recebimento definitivo.

Em relação às compras ou locações de equipamentos, deve ser seguido o que determina o contrato (prazos para entrega, locais de entrega, condições e etc.). Deverá ser totalmente definido pelas partes no instrumento do contrato, a rigor, o regime de execução já foi definido pela Administração no próprio edital da licitação.

Dessa forma, seu objeto será recebido provisoriamente, para efeito de posterior verificação da conformidade do material com a especificação, e definitivamente, após a verificação da qualidade e quantidade do material e conseqüente aceitação. Convém lembrar, que todo e qualquer recebimento seja atestado por escrito e, no caso de compras, quando o recebimento de material de valor superior ao limite estabelecido de R\$ 80.000,00 (art. 23 da Lei nº. 8.666/93), deverá ser confiado a uma comissão de, no mínimo, 3 (três) membros (art.15, §8º).

Em relação aos prazos, a fim de evitar que o contratado fique indefinidamente a depender de ato da Administração que ateste o recebimento da prestação, a Lei nº. 8.666/93, em seu art. 73, § 3º, especificamente em relação às obras e serviços, fixa o prazo máximo de 90 dias (salvo em casos excepcionais) para que seja atestado seu recebimento definitivo.

Nos casos de compras e de locação de equipamentos, ainda que a lei não fixe prazo para o recebimento definitivo, deve-se entender que este deverá ser lavrado dentro de certo prazo – preferencialmente indicado no contrato – que venha, em cada caso, a ser considerado razoável, a fim de que sejam adotadas as providências relativas a esse recebimento.

O recebimento definitivo tem o objetivo de atestar que o contratado cumpriu as obrigações assumidas no contrato. No entanto, ainda que este já tenha sido atestado, caso venha a ser verificado qualquer vício na obra ou serviço, bens ou equipamentos, o contratado irá responder, nos termos do §2 do art. 73, da Lei nº. 8.666/93. Essa regra deve ser examinada em conjunto com o disposto no art. 69, que impõe ao contratado, em qualquer modalidade de contrato, e não apenas em

relação às obras e serviços, o dever de reparar, corrigir, remover etc. quaisquer vícios decorrentes da execução do contrato. Ou seja, mesmo a Administração tendo fiscalizado e acompanhado a execução do contrato, mesmo o objeto do contrato tendo sido recebido pela Administração, tanto provisória quanto definitivamente, verificando-se vícios, defeitos ou incorreções, por eles será o contratado obrigado a responder, conforme dispõem os arts. 69, 70 e 73, §2º, todos da Lei nº. 8.666/93.

4.3 DISPENSA DO RECEBIMENTO PROVISÓRIO

A lei dispensa o recebimento provisório nos casos em que os bens são de utilização imediata, como nas hipóteses de gêneros alimentícios, alimentação preparada, bens perecíveis, serviços profissionais e também em obras e serviços de pouco valor.

Todos esses bens serão recebidos contra recibo, que deverá trazer o maior número de informações necessárias à comprovação do recebimento.

5 PROJETO BÁSICO

5.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS

Há que se ressaltar a importância do Projeto Básico para os executores de contratos. Um Projeto Básico mal elaborado pode implicar numa fiscalização indesejada. Ele deve possuir conteúdo suficiente para que a fiscalização seja efetuada de forma adequada e precisa.

O executor deve adquirir conhecimentos sobre o serviço, obra ou fornecimento para que possa planejar e efetuar a fiscalização de forma satisfatória. Para obter esse conhecimento é fundamental que o executor estude o Projeto Básico, bem como que este contenha todas as rotinas de fiscalização e recebimento do objeto pretendido pela Administração Pública. Conhecer o Projeto Básico em seus pormenores é essencial para uma fiscalização de excelente qualidade e uma execução com o menor custo possível. A importância dessa peça administrativa para o executor de contratos é fundamental, pois é por meio dela que o executor vai adquirir conhecimento sobre a natureza da obra, serviço ou fornecimento; ponderar a amplitude e datas das fiscalizações, bem como antecipar os problemas e dificuldades vindouros que podem provocar atrasos na execução do objeto contratado.

O Projeto Básico, embrião de todo contrato administrativo, é a solicitação de aquisição de um bem, de prestação de serviço, de alienação, de locação, de realização de obra ou de qualquer atividades que envolva terceiros. Por conseguinte, a adequação do futuro contrato à satisfação do interesse da Administração Pública, ou seja, de uma boa execução, dependerá, substancialmente, da clareza e objetividade do pedido.

Não há forma ou modelo definido de projeto básico. O essencial é que seu conteúdo contemple todas as informações necessárias à justificação do pedido, à formulação do edital de licitação e do contrato.

Projeto básico é o documento elaborado pela unidade interessada em que o objeto pretendido está dilucidado em todos os seus pormenores, passo a passo, calcado em sólidas razões de sua necessidade, compatibilidade do investimento com os resultados almejados, exeqüibilidade e manutenção.

A minúcia do inc. IX do art. 6º da Lei nº. 8.666/93, revela a relevância do tema para a Lei. O projeto básico deverá representar uma projeção detalhada da futura contratação, abordando todos os ângulos de possível repercussão para a Administração. Deverão ser abordadas questões técnicas, as financeiras, os prazos, os reflexos ambientais (inclusive por força do art. 225, inc. IV, da CF) etc. O projeto básico não se destina a disciplinar a execução da obra ou do serviço, mas a demonstrar a viabilidade e a conveniência de sua execução. Deve evidenciar que os custos são compatíveis com as disponibilidades financeiras; que todas as soluções técnicas possíveis foram cogitadas, selecionando-se a mais conveniente; que os prazos para execução foram calculados; que os reflexos sobre o meio ambiente foram sopesados etc. Inclusive questões jurídicas deverão ser cogitadas, na medida em que serão fornecidos subsídios para o plano de licitação. (JUSTEN FILHO, 2005, p.113-114).

O pregão, modalidade de licitação criada pela Lei nº. 10.520/2002, em vez de projeto básico, fala em Termo de Referência, expressão utilizada para corresponder à simplicidade desse inovador procedimento. Não há distinção entre

ambos, entretanto, na forma. Pode haver no conteúdo, quando se tratar de objeto complexo, não permitido na modalidade pregão.

Como regra geral, se há obrigação futura, seja obra, serviço, aquisição ou qualquer outro negócio, recomenda-se a elaboração de projeto básico, que será simples ou complexo, dependendo do objeto.

A lei exige projeto básico porque impele a Administração a atuar com planejamento, pois sabe que é justamente a falta dele a causa maior dos descontroles orçamentários e, por conseguinte, da má gestão pública.

Projeto básico bem elaborado é certeza de execução planejada e sem surpresas. Quando não, os resultados são uns desastres. Copiosos os casos de obras cujo custo supera o razoável por conta de projetos básicos mal elaborados. Hoje, com os recursos orçamentários cada vez mais minguados, erros de planejamento afetam investimentos em outras áreas da Administração, com reflexos negativos na atividade global do órgão.

Mas não é só em casos de obra. Imagine-se um projeto básico em que a despesa anual prevista, uma vez contratados os serviços, tenha-se esgotado em 6 meses. Ainda que se adite ao contrato o máximo de acréscimo permitido na lei, será insuficiente para todo o ano. Quando isso acontece, a Administração é compelida a realizar contratação emergencial (instrumento excepcional, justificável apenas em casos extremos), dada a impossibilidade para conclusão de processo licitatório em tempo hábil. Isso pode gerar sindicância e punição ao responsável pela conduta negligente.

Autoridade competente para aprovar projeto básico é o ordenador de despesas, que deposita grande confiança na unidade que o elaborou. Não vai ele perguntar se a previsão realmente está correta, se foi feita segura pesquisa de preço, se todos os itens necessários ao objeto estão ali contemplados, se os prazos são exeqüíveis, se a forma de pagamento é adequada. A confiança é presumida. Resta-lhe, então, verificar a disponibilidade orçamentária, a conveniência e oportunidade para realizar aquela despesa, as vantagens para a Administração. Note-se que o ordenador tem o controle, o gerenciamento do orçamento. Projetos mal elaborados podem comprometer a capacidade de manutenção e investimentos do órgão. Como se infere, planejamento é segurança administrativa.

CONCLUSÃO

Em síntese, conclui-se que o executor de contrato é uma peça chave para prevenção e diagnóstico de falhas durante a execução dos contratos administrativos. É um instrumento de controle de fundamental necessidade para alavancar a eficiência e economicidade na aplicação dos recursos públicos. À pessoa designada para tal função cabe fiscalizar, orientar e receber o objeto contratado, sendo que em alguns casos, ainda, exerce as atividades de intervenção, interdição e de aplicação de penalidades cabíveis pela inexecução do objeto contratado. Tanto é verdade tal importância para a perfeita execução do objeto contratado, que pode responder na esfera civil, penal e administrativa com seus bens pessoais, caso seja acionado pelos órgãos de fiscalização e controle, responsabilidade essa que se mantém inclusive após o recebimento do objeto contratado.

Ademais, o rápido processo de modernização da máquina administrativa, com intensa transferência de atividades típicas da atividade meio para a iniciativa privada, reorganiza a todo tempo a estrutura administrativa e faz com que a figura do executor de contrato assuma importante papel de fiscalização e controle, acompanhando e fiscalizando o contratante para que este realize o objeto contratado com a qualidade e eficiência. Por outro lado, a complexidade cada vez maior dos contratos públicos e as modificações freqüentes na legislação fazem com que a boa execução das avenças públicas necessite cada vez mais do talento desse agente público e de seu conhecimento técnico para acompanhar, de forma precisa e adequada, a execução de um contrato administrativo.

Assim, diante de todo o exposto, fica patente a necessidade de se elevar a função de executor de simplesmente acessória, para assumir a postura de grande instrumento de apoio à Administração Pública e aos órgãos de fiscalização e controle, inclusive com a criação de cargos públicos específicos com atribuições e responsabilidades próprios.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. *Lei nº. 8.666, de 21 de junho de 1993*. Regulamenta o artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 01 jun. 2006.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Das Licitações Públicas*. Rio de Janeiro: Forence, 2004.

FENANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Contratação Direta sem Licitação: modalidades, dispensa e inexigibilidade de licitação*. 5ª ed. Brasília Jurídica, 2000.

FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Licitações e Contratos Administrativos: Teoria, Prática e Jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2001.

FRANÇA, Maria Adelaide de Campos. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública*. São Paulo: Saraiva, 2002.

GUIMARÃES, Edgar. *Como Licitar e Fiscalizar os Contratos de Terceirização de Serviços na Administração Pública*. Seminário Nacional. Brasília: Zênite, 2006.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 11ª ed. São Paulo: Dialética, 2005.

MELO, Sidinei Pacheco de. *Licitações e Contratos na Administração Pública*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2000.

MENDES, Renato Geraldo. *Lei de Licitações e Contratos Anotadas – 6ª ed. rev. e atual*. Curitiba: Zênite, 2005.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública*. 6ª ed. rev. e ampl., de acordo com as E.C. nº. 06/95 e 19/98,

com a L. C. Nº. 101/2000, com as Leis de nºs 9.648/98, 9.854/99, 10.259/01 e 10.520/02 e seus regulamentos. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ANEXO A

PROCEDIMENTOS QUE O EXECUTOR DEVE OBSERVAR QUANTO À NATUREZA DO OBJETO CONTRATADO

CONTRATO DE FORNECIMENTO /SERVIÇO:

- * abrir pasta para cada contrato e nela arquivar eventuais termos aditivos;
- * verificar se o prazo de entrega, especificações e quantidades encontram-se de acordo com o exigido pela Administração;
- * conferir o período de vigência do contrato e não permitir a extrapolação do termo final;
- * receber material tão-somente após a assinatura do contrato e não pela simples comprovação de existência de nota de empenho;
- * formalizar termo de recusa de recebimento de equipamento que apresentarem defeito durante os testes de conformidade e verificação ou quando as especificações técnicas estiverem diferentes das contidas na proposta ou em desacordo com a amostra apresentada pelo licitante;
- * verificar se a entrega de materiais ou a prestação de serviços será cumprida integral ou parceladamente;
- * emitir termos de recebimento provisório e definitivo, na forma prevista no contrato;

- * manter controle atualizado dos pagamentos efetuados, observando as obrigações trabalhistas, se for o caso, em ordem cronológica, cuidando para que os valores previstos não sejam ultrapassados;
- * acompanhar a evolução dos preços de mercado referentes ao objeto contratado e informar à autoridade superior as oscilações bruscas;
- * encaminhar à autoridade superior solicitação de prorrogação de vigência de prazo contratual, acompanhada de pesquisa de mercado que comprove a manutenção das vantagens da contratação nos termos estabelecidos, nos seguintes prazos:
 - a) – antecedência mínimo de 120 dias quando a contratação decorrer de tomadas de preços ou concorrência;
 - b) – antecedência de 60 dias quando a contratação decorrer de pregão, convite ou diretamente (por inexigibilidade ou dispensa de licitação);
- * solicitar, com antecedência de 60 dias do término da garantia do fabricante, contratação de empresa para manutenção de equipamentos;
- * encaminhar à autoridade superior pedido de instauração de procedimento licitatório, com antecedência de 120 dias, quando conveniente à rescisão de contrato existente;
- * comunicar à autoridade competente, formalmente, irregularidades cometidas pela contratada passíveis de penalidades;

- * solicitar à autoridade competente esclarecimento de dúvidas relativas ao contrato sob sua responsabilidade;
- * comunicar à autoridade competente eventual atraso na entrega/execução dos serviços e os pedidos de prorrogação de prazo;
- * conferir os valores constantes na nota fiscal com os da nota de empenho ou do instrumento contratual;
- * devolver à contratada notas fiscais com rasura ou emenda;
- * solicitar ao fornecedor/prestador de serviço duas vias da nota fiscal;
- * atestar as notas fiscais (1ª via) e juntá-las aos correspondentes autos do processo;
- * elaborar projeto básico referente ao objeto do contrato sob sua responsabilidade, quando necessária nova contratação;
- * por fim informar à autoridade superior, imediatamente após o término da vigência do contrato, a existência de pendência para fins de encerramento dos compromissos financeiros.

ANEXO B

CONTRATO DE OBRAS DE CONSTRUÇÃO CIVIL:

- * abrir pasta para cada contrato e nela arquivar eventuais termos aditivos;
- * zelar pela fiel execução da obra, sobretudo no que concerne à qualidade dos materiais utilizados e dos serviços prestados;
- * acompanhar o cumprimento, pela contratada, do cronograma físico-financeiro;
- * advertir a contratada sobre as consequências de eventuais atrasos, disso dando ciência à autoridade competente;
- * receber as etapas de obra mediante medições precisas e de acordo com as regras contratuais;
- * emitir termos de recebimento provisório e definitivo, na forma prevista no contrato;
- * apresentar, mensalmente ou quando solicitado, relatório circunstanciado de acompanhamento de execução da obra;
- * manter, no local da obra, livro diário, nele registradas todas as ocorrências relevantes;
- * solicitar à autoridade competente esclarecimento de dúvidas relativas ao contrato sob sua responsabilidade;

- * encaminhar à autoridade competente pedido de alteração em projeto, serviço ou de acréscimos (quantitativos e qualitativos) ao contrato, acompanhado das devidas justificativas e observadas as disposições do art. 65 da Lei 8.666/93;
- * estabelecer prazo para correção de eventuais pendências na execução do contrato e informar à autoridade competente ocorrências que possam gerar dificuldades à conclusão da obra ou em relação a terceiros;
- * informar à autoridade superior, geralmente até 15 de dezembro (depende de cada órgão), as obrigações financeiras não liquidadas no exercício, visando à obtenção de reforço, cancelamento e/ou inscrição de saldos de empenho em Restos a Pagar;
- * encaminhar à autoridade competente pedido da contratada de modificações no cronograma físico-financeiro e de substituições de materiais e equipamentos;
- * verificar se os custos dos materiais e equipamentos estão de acordo com os preços de mercado;
- * confrontar os preços e quantidades constantes da nota fiscal com os estabelecidos no contrato;
- * encaminhar, com a fatura/nota fiscal, a Nota Fiscal de Simples Remessa ou o rol dos materiais utilizados na obra pela contratada;
- * cientificar a autoridade competente, com antecedência de 60 dias, da possibilidade de não conclusão do objeto na data aprazada, com as devidas justificativas;
- * manter sob sua guarda os volumes do processo referente à contratação de que é executor;

- * juntar aos autos toda comunicação realizada entre as partes contratantes;
- * elaborar projeto básico para todos os serviços de engenharia complementares;
- * realizar, juntamente com o contratado, as medições dos serviços nas datas estabelecidas, antes de atestar as respectivas notas fiscais, observando, ainda, as obrigações trabalhistas do contratado;
- * indicar à contratada, formalmente, nome da pessoa ou empresa que auxiliará ou fiscalizará a obra.